

LECCIONES

CONCEPTOS JURÍDICOS FUNDAMENTALES

(I) DE LAS MODALIDADES DEÓNTICAS A LOS CONCEPTOS DE DERECHO Y DEBER*

LIBORIO L. HIERRO**

SUMARIO: I. Introducción.- II. Modalidades deónticas.- 1 El problema de los permisos.- 2 Permisos fuertes y permisos débiles.- III. De las modalidades deónticas a los conceptos jurídicos fundamentales.- IV. Derechos y deberes: introducción.- 1 La correlatividad entre derechos y deberes.- 2 Las dos grandes teorías (teorías de la voluntad y teorías del beneficiario)

“En primer lugar conviene ser consciente, Heródoto, de lo que denotan las palabras”

EPICURO, *Epístola a Heródoto*, 38.
(Traducción de Carlos García Gual)

I. INTRODUCCIÓN

El objeto de esta lección es analizar los elementos que componen los llamados “conceptos jurídicos fundamentales”. Cuando los llamamos “fundamentales” —lo que solemos hacer desde que un joven profesor norteamericano publicara, en 1913, un trabajo con ese mismo nombre¹— no queremos decir que lo sean en ningún sentido metafísico o ético; es decir, que sean “fundamentales” porque sirvan de base, apoyo o cimiento al sistema jurídico, ni porque sean más importantes o más valiosos que otros conceptos jurídicos. Queremos simplemente decir que son los conceptos con los que designamos los elementos más simples y generales que compo-

* Este trabajo forma parte del proyecto de investigación PB97-1434 de la DGEIC.

** Profesor Titular de Filosofía del Derecho en la Universidad Autónoma de Madrid.

¹ Wesley Newcomb HOHFELD, *Some fundamental legal conceptions as applied to judicial reasoning*, Yale Law Journal, n° 23, 1913.

nen un sistema jurídico y, a decir verdad, no todos ellos. Por una razón simplemente histórica, debida una vez más a la tradición iniciada por aquel joven profesor, lo que aquí vamos a tratar como "conceptos jurídicos fundamentales" son exclusivamente los conceptos que designan las posiciones que un sujeto puede tener cuando está sometido a un sistema jurídico (esto es: cuando su conducta está regulada por el Derecho), los que designan las acciones que tal sujeto puede realizar a partir de tales situaciones y los que designan ciertas consecuencias que, tras realizar alguna de esas acciones a partir de alguna de aquellas posiciones, el sujeto puede sufrir. En este sentido los "conceptos jurídicos fundamentales" incluyen, básicamente, los de "derecho" y "deber", los de "ejercicio" de los derechos y "cumplimiento" (o "incumplimiento") de los deberes, y los de "responsabilidad" y "sanción."²

Quedan, con ello, fuera de este enfoque un montón de conceptos, que también serían fundamentales en un sentido similar (en cuanto conceptos elementa-

² Este enfoque no es habitual en los manuales de Teoría General del Derecho. Hans KELSEN, en su *Teoría General del Derecho y del Estado* (Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1949) (Original: *General Theory of Law and State*, Harvard University Press, Harvard [Mass.], 1945) dedicó la primera parte a lo que denominaba "Nomostática" en la que incluía, junto al análisis del concepto de Derecho, el análisis de los conceptos de "sanción", "acto antijurídico", "deber jurídico", "responsabilidad jurídica", "derecho subjetivo", "competencia", "imputación" y "persona jurídica". Alf ROSS, en su obra *Sobre el Derecho y la Justicia* (Eudeba, Buenos Aires, 1963) (Original: *On Law and Justice*, Stevens & Sons, Londres, 1958) dedicó el Capítulo 5 a las "modalidades jurídicas" - siguiendo el esquema de Hohfeld - y los Capítulos 6 y 7 a los conceptos de "derecho subjetivo" y sus tipos. En los manuales actualmente utilizados entre nosotros se encuentra, a veces, una atención especial a los conceptos de "derecho subjetivo" y "deber jurídico" como, por ejemplo, en el de Ramón SORIANO, *Compendio de Teoría General del Derecho* (Ariel, Barcelona, 1986; Tema VI y Tema VII) o en el de Manuel SEGURA, *Teoría del Derecho* (Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990; Capítulo VI y Capítulo VII). Giuseppe LUMIA en sus *Principios de Teoría e Ideología del Derecho* (Debate, Madrid, 1978) (Original: *Lineamenti di Teoria e Ideologia del Diritto*, Giuffrè, Milán, 1973) ofrece un análisis conjunto del sujeto y las "situaciones jurídicas subjetivas" en su Capítulo IV sobre "La relación jurídica" aunque, desgraciadamente, con extraordinaria brevedad. Es entre nosotros, según creo, Carlos Santiago NINO en su *Introducción al análisis del Derecho* (Ariel, Barcelona, 1983) el único que propone - en el Capítulo IV - una "teoría de los conceptos jurídicos básicos" siguiendo la influencia de Hohfeld, Kelsen y Ross. Dice Nino que "Las expresiones jurídicas básicas forman un sistema, en el cual algunos términos son "primitivos", puesto que no se definen por ninguno de los restantes, mientras que los demás son "derivados", ya que en su definición aparece, directa o indirectamente, alguna de las expresiones primitivas" (pg. 167). Siguiendo a Kelsen, Nino considera como concepto primitivo el de "sanción" y, a partir de él, trata de elucidar los de "acto antijurídico", "responsabilidad", "deber jurídico", "derecho subjetivo", "competencia" y "persona jurídica". A pesar de algunas excepciones, como las citadas, no cabe afirmar que exista todavía una "teoría de los conceptos jurídicos fundamentales" que sea, en cuanto a su ámbito y en cuanto a su enfoque, ni general ni mayoritariamente aceptada.

les), como aquellos con los que designamos elementos estructurales del sistema jurídico tales como “norma”, “ley”, “sentencia”, “legislador”, “juez”, “jerarquía”, “competencia”, etc., etc. Un número tan restringido de conceptos como el que, en consecuencia, se incluyen bajo este enfoque como “conceptos jurídicos fundamentales” sólo ofrece una visión parcial del ordenamiento jurídico, pero es precisamente la visión de su dinámica cotidiana. Son los conceptos con los que designamos nuestra situación y nuestro comportamiento cuando lo hacemos desde el punto de vista de las normas jurídicas que lo regulan.

Se trata, por otra parte, de conceptos básicos con los que designamos aquellas posiciones de un sujeto, sus conductas y las consecuencias de ellas, reducidas a sus formas más elementales. Esto tiene cierto inconveniente que ha de tenerse presente. En realidad nos ocurrirá como le ocurre a una estudiante cuando, tras estudiar intensamente sus lecciones de Física y Química, sale a descansar durante una hora y se dedica a arreglar su jardín. Ha estudiado los átomos, y sabe que se componen de protones, electrones y neutrones; sabe que hay distintos tipos de átomos y distintas combinaciones moleculares de ellos; conoce diversos tipos de moléculas, y conoce una complicada serie de reacciones químicas. Durante la hora en que estará en el jardín tendrá un intenso contacto con multitud de átomos y de moléculas, y asistirá a numerosos fenómenos físicos y químicos, provocando ella misma algunos de ellos al recortar, regar, sembrar, abonar, etc. Sin embargo, ella no verá una sola vez un átomo de ninguna especie, ni siquiera una molécula, ni percibirá una fotosíntesis o una combustión (salvo que encienda una gran hoguera con los rastrojos). Ella sólo verá piedras, plantas, hojas, flores, árboles, insectos, es decir cosas mucho más complejas compuestas de aquellos elementos mucho más simples. Sólo un laboratorio con los instrumentos adecuados podría permitirle ver un átomo, distinguir una molécula o asistir a la producción de sal y agua por la combinación de un ácido con una base.

Tampoco nosotros, cuando nos movemos en el mundo jurídico —o, mejor dicho: cuando nos movemos jurídicamente por el mundo—, nos encontramos simplemente con una libertad o con un deber, ni podemos ver aisladamente, como en un laboratorio, una responsabilidad o una sanción. Esto puede resultar llamativo y merece una explicación. Alguna vez he hecho la prueba con mis estudiantes y siempre he encontrado quien, en principio, se atrevía a poner ejemplos en contra. Veamos dos de ellos.

Decía un estudiante que un sencillo ejemplo de “libertad” sería el derecho de sufragio en España donde, como en la mayoría de los países, el voto es libre.³ “El

³. Hay algunos países, como Argentina, en los que la acción de votar es obligatoria aunque, naturalmente, el contenido del voto sea libre.

día en que hay elecciones yo tengo libertad de voto, y esto es muy simple. Si quiero voy a votar y si no quiero no voy. Si voy a votar voto en blanco o voto la lista de candidatos que quiero, y esto es todo; esto es una libertad". "Pues bien –le repliqué yo– repare Ud. en que *la cosa no es tan simple*. Para que haya elecciones un día es necesario que alguien tenga el “poder” de convocarlas y la “obligación” de hacerlo. Aunque también podría tener el “poder” de hacerlo pero sólo de hacerlo cuando quisiera, como ocurre en España con la posibilidad de convocar un referéndum; es decir, que tendría el “poder” y la “libertad” de convocarlo. Hace falta también que, previamente, ciertas autoridades hayan cumplido la “obligación” de inscribir a los mayores de edad en unas listas y de comunicar a cada uno en qué colegio le corresponde votar. Hace falta que una serie de ciudadanos ejerzan su “derecho” a presentarse como candidatos. Ellos tienen ciertas “pretensiones” que el Estado debe satisfacer, tales como aparecer unos minutos en la televisión pública, ser inscritos en unas papeletas oficiales, etc., etc. Sus padres de Ud., aunque están muy disgustados con el voto que suponen que Ud. piensa emitir, no tienen “poder” para impedirle ir a votar porque, en este aspecto, Ud. es “inmune” a la autoridad de sus padres. Ud. tiene la “pretensión” de que en el colegio haya una cabina cerrada (precisamente para que sus padres no vean su voto) y, si no la hay, ejercerá esta “pretensión” exigiendo al Presidente de la mesa que detenga la votación hasta que pongan la cabina, etc., etc. Todo ello sin contar la serie de gente que está obligada a contar luego los votos, entregar el recuento en el Juzgado, y así sucesivamente. Y esta es sólo una pequeñísima parte de las libertades, las pretensiones, las inmunidades, las potestades, las obligaciones de hacer ciertas cosas y las prohibiciones de hacer otras que están en juego el día que Ud. va a votar."

Otro estudiante puso un ejemplo más simple: "Si yo le dejo cien mil pesetas a un amigo y se compromete a devolvérmelas el Jueves, yo tengo “derecho” a que me las devuelva a partir del Jueves y él tiene la “obligación” de devolvérmelas; y esto es todo". "Pero, si esto fuera todo, –reliqué una vez más– Ud. tendría “derecho” a cogerle las cien mil pesetas a su amigo, o a amenazarle con una paliza si no se las devuelve o, más suavemente, a quedarse a cuenta con veinte mil pesetas que se le acaban de caer del bolsillo. Y resulta que Ud. no puede hacer ninguna de estas cosas porque *la cosa no es tan simple*. Ud. tiene, sin duda alguna, “derecho” a cien mil pesetas del patrimonio de su amigo y él tiene “obligación” de entregárselas, pero da la casualidad de que Ud. sólo puede ejercer ese “derecho” mediante una reclamación judicial para cuya presentación está “obligado”, a partir de cierta cuantía, a contratar los servicios de un abogado (o a pedir uno de oficio, si con tan nefasto préstamo se quedó Ud. sin dinero), y Ud. tiene “prohibido” ejercer cualquier coacción violenta sobre el deudor, como tiene “prohibido” intentar hacer efectiva la deuda por su cuenta, y su amigo tiene “derecho” a un plazo de tiempo para contestar a su demanda, y el juez está “obligado” a tramitarla y a dictar una

sentencia, y tiene "potestad" (el juez, no Ud.) para embargar los bienes de su amigo. Así que, una vez más, *la cosa no es tan simple*."

Como aquella estudiante en el jardín, así nosotros casi nunca encontramos un derecho, una obligación, un deber, una libertad... sino normalmente algo mucho más complejo; un conjunto abigarrado de muchas de estas posiciones entremezcladas entre sí.

II. MODALIDADES DEÓNTICAS

Podemos considerar como conceptos "primitivos" o "elementales" a aquéllos que designan las acciones cuando están cualificadas por la utilización de normas. Las normas se expresan como formulaciones lingüísticas de carácter directivo que conciben una acción como deónticamente necesaria (obligatoria), deónticamente imposible (prohibida) o deónticamente posible (permitida). En este aspecto las modalidades deónticas son análogas lógicamente a las modalidades aléticas⁴ de "necesario", "imposible" y "posible".⁵ Estas últi-

⁴ Se denominan "aléticas" (derivado del término griego "aletheia" [verdad]) las modalidades de "necesario", "posible" e "imposible" utilizadas tradicionalmente en la lógica del juicio (a la que hoy se llama "lógica de las proposiciones") para indicar el modo en que el predicado se atribuye al sujeto. Algunos lógicos han entendido como "posible" sólo aquello que no es imposible y han introducido una cuarta modalidad, la de "contingente", para aquello que no es necesario; otros han equiparado posibilidad y contingencia para designar a lo que puede ser o no ser y, por tanto, no es ni necesario ni imposible.

⁵ Gottfried W. LEIBNIZ (en sus *Elementa Juris Naturalis*, escritos entre 1669 y 1672 pero no publicados en vida del autor) fue probablemente el primero en establecer la correspondencia lógica entre modalidades deónticas y modalidades aléticas en la siguiente forma:

Possible	} es aquello que	puede	} ser hecho o es verdadero	en algún	} caso
Imposible		no puede		en ningún	
Necesario		no puede no		en todo	
Contingente		puede no		en algún no	

De donde Leibniz deriva las siguientes equivalencias:

Justo (o lícito)	= posible	= algunos
Injusto (o ilícito)	= imposible	= ninguno
Equitativo (u obligado)	= necesario	= todos
Indebido	= omisible	= algunos no

(G.W. LEIBNIZ, *Los elementos del Derecho natural*, Tecnos, Madrid, 1991, pp. 83-84). Más tarde, fue Jeremy BENTHAM (en *Of Laws in General*, obra escrita hacia el 1789 que también quedó inédita a la muerte del autor y no fue publicada hasta 1945) quien desarrolló más extensamente las relaciones lógicas entre modalidades deónticas, hasta el punto de que Herbert L. A. Hart ha reconstruido las ideas de Bentham en un "Cuadrado de Apuleyo" idéntico al que más adelante utilizaremos aquí (H.L.A. HART, *Essays on Bentham*, Clarendon Press, Oxford, 1982, p. 114).

mas se utilizan para describir el modo de las relaciones entre sujeto y predicado dadas en la realidad. Una aserción del tipo "Todo S es P" (Todo hombre es mortal) expresa una relación necesaria entre S y P; una aserción del tipo "Ningún S es P" (Ningún hombre es anfibio) expresa una relación imposible entre S y P; una aserción del tipo "Algún S es P" (Alguna mujer es abogada) expresa una relación posible entre S y P. A diferencia de las modalidades aléticas o descriptivas, las modalidades deónticas no se utilizan para describir la realidad, sino para dirigir o prescribir la acción humana. No obstante, las modalidades deónticas son análogas a las modalidades aléticas en cuanto la acción puede concebirse deónticamente como obligatoria (es decir, deónticamente necesaria), prohibida (es decir, deónticamente imposible) o permitida (es decir, deónticamente posible)⁶ y sólo puede concebirse de alguno de estos tres modos.

Sin embargo, del mismo modo que afirmar como necesaria la relación entre un sujeto y un predicado (Todo hombre es mortal) es lógicamente lo mismo que afirmar como imposible la relación entre el sujeto y la negación del predicado (Todo hombre no es inmortal, o –lo que es igual– ningún hombre es inmortal), configurar una acción como obligatoria es lógicamente lo mismo que prohibir la negación de esa acción, esto es su omisión. "Es obligatorio circular por la derecha" significa exactamente lo mismo que "Está prohibido no circular por la derecha". Por esta razón puede afirmarse que obligaciones y prohibiciones son interdefinibles, es decir que cualquier obligación puede expresarse en forma de prohibición de la acción contraria, y cualquier prohibición puede asimismo expresarse en forma de obligación de la acción contraria ("Prohibido fumar" es equivalente a "Obligatorio no fumar").

Por lo tanto la obligación y la prohibición de una acción A pueden expresarse utilizando sólo la modalidad "obligación":

- 1) Obligatorio A
- 2) Obligatorio no-A (= Prohibido A)

Y pueden, asimismo, expresarse utilizando sólo la modalidad "prohibición":

- 1') Prohibido no-A (= Obligatorio A)
- 2') Prohibido A

⁶ Como veremos, también en la lógica deóntica se plantea el problema de si descomponer el "permiso" en dos modalidades (posible hacer, posible no hacer).

En consecuencia, las modalidades de obligatorio y prohibido pueden reducirse a una única modalidad que suele designarse como *O*.⁷

Otra cuestión es si los permisos representan una modalidad deóntica independiente de las obligaciones y prohibiciones (es decir, de *O*). Los permisos pueden reducirse a la negación de la correspondiente obligación y prohibición, de tal modo que "Permitido fumar" es lógicamente equivalente a "No es obligatorio fumar y no está prohibido fumar". Es decir, que un permiso puede expresarse como la negación de *O* (*No O*, que gráficamente se expresa como -*O*; aunque aquí prescindiremos de la formalización que es habitual en los análisis lógicos).

Expresado a partir de la modalidad "obligación" un permiso sería:

3) No Obligatorio A y no Obligatorio no A

Y expresado a partir de la modalidad "prohibición" un permiso sería:

3') No Prohibido A y no Prohibido no-A

Inversamente, obligaciones y prohibiciones podrían expresarse a partir de la modalidad "permiso", en la siguiente forma:

1'') No permitido no A (= Obligatorio A)

2'') No permitido A (= Prohibido A)

3'') Permitido A

Puesto que, como acabamos de ver, las tres modalidades resultan interdefinibles podemos resumir en el siguiente cuadro la forma en que cualquier acción puede ser deónticamente determinada de cualquiera de las tres formas utilizando cualquiera de las tres modalidades deónticas:

1) OBLIGATORIO A =	1') Prohibido no-A =	1'') No permitido no A
2) Obligatorio no A =	2') PROHIBIDO A =	2'') No permitido A
3) No Obligatorio A y No Obligatorio no A =	3') No Prohibido A y No Pro- hibido no A =	3'') PERMITIDO A

⁷ Esta es la presentación que hizo Georg Henrik VON WRIGHT en *Norma y Acción. Una Investigación Lógica*, Tecnos, Madrid, 1979, pp. 87 y ss. y 143 y ss. (Original: *Norm and Action. A Logical Enquiry*, Routledge & Kegan Paul, Londres, 1970). Allí von Wright propone representar con el símbolo *O* el carácter de "deber" de las normas (obligaciones o prohibiciones) y con el símbolo *P* su carácter de "poder" (permisos).

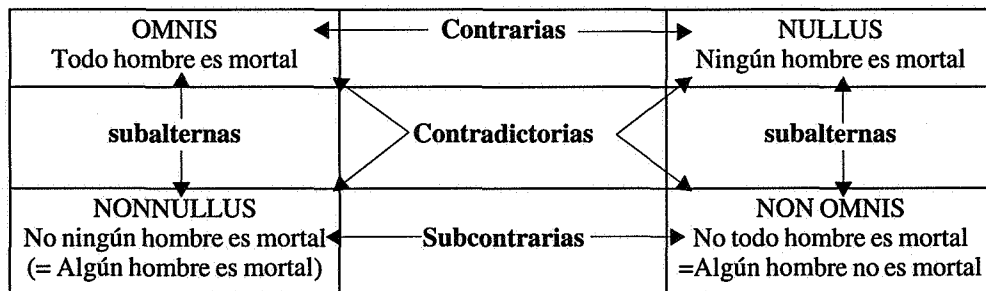
Las tres modalidades deónticas son, por lo tanto, interdefinibles lógicamente y, por ello, pueden considerarse las tres como conceptos primitivos sin que ninguno de ellos sea lógicamente previo a los otros.

Sin embargo, desde un punto de vista no estrictamente formal sino de análisis del lenguaje común cabe afirmar que el concepto de permiso (el que expresa una acción configurada deónticamente como posible) es previo a los otros dos (obligación y prohibición) en el siguiente sentido: sólo si concebimos una acción de un sujeto como posible —es decir: como algo que él puede, si quiere, hacer o dejar de hacer— y, por lo tanto, como facultativa para el sujeto, sólo entonces tiene sentido enunciar una prescripción que restringe ese ámbito de capacidad de elección (libertad) del sujeto para indicarle que la acción es obligatoria o está prohibida. Un permiso es sólo la ratificación de que una acción no está deónticamente sometida a una obligación o a una prohibición. La libertad del sujeto (el destinatario) de una prescripción o de una norma es una condición del significado de la propia prescripción o norma. Carecería de sentido configurar deónticamente como obligatoria una acción que es descriptivamente necesaria ("Es obligatorio que mueras algún día") o configurar como prohibida una acción que es descriptivamente imposible ("Está prohibido ser inmortal"), como también carecería de sentido prohibir algo que es descriptivamente necesario ("Está prohibido morir algún día") u obligar a algo que es descriptivamente imposible ("Es obligatorio ser inmortal"). El propio sentido de la configuración deóntica de una acción exige que la acción sea, para el sujeto, una acción posible de ser o no ser realizada.⁸ En este aspecto, la modalidad de permiso o libertad parece ser analíticamente anterior a la de obligación o prohibición lo que tiene importantes consecuencias en el análisis de los sistemas normativos.⁹

⁸ Esta idea - la de que la modalidad de "permitido" va unida a la de conducta o acción que puede ser objeto de una norma - fué defendida por el argentino Carlos Cossio, aunque ha sido tachada de "metafísica". Alchourron y Bulygin sostienen, por ejemplo, que la idea de Cossio implica que "en virtud de su estructura ontológica peculiar, el hombre es metafísicamente libre, lo cual quiere decir que todos sus actos son "ontológicamente" permitidos." (Carlos ALCHOURRON y Eugenio BULYGIN, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1974, p. 188). Mi opinión es, por el contrario, que Cossio tiene razón en cuanto sólo la acción concebida como posible puede ser objeto de una norma, y que esta afirmación no tiene ningún carácter metafísico u "ontológico" sino que es analíticamente verdadera. Sin embargo, esto no significa que la conducta esté "permitida" por una norma, sino sencillamente que el status deóntico de las conductas permitidas y las conductas no reguladas es idéntico.

⁹ Bajo diferentes formulaciones la idea de que "todo aquello que no está prohibido o es obligatorio, está permitido" ha servido de base para defender la completud (o plenitud) de los sistemas normativos, es decir: que un sistema normativo contiene expresa o tácitamente la regulación de cualquier conducta posible y, por ello, carece de lagunas.

Las modalidades deónticas parecen tener entre sí ciertas relaciones lógicas, análogas a las que se dan entre proposiciones descriptivas negativas y positivas, universales y particulares, relaciones a las que la lógica clásica denominaba "omnis, nullus, non omnis y nonnullus". Estas relaciones se expresaban en el llamado Cuadrado de Apuleyo en la siguiente forma:



Estas relaciones tienen –como se refleja en el cuadro– ciertas implicaciones lógicas que son las siguientes: (1) *Contrariedad*. Dos proposiciones contrarias no pueden ser ambas verdaderas a la vez, aunque sí pueden ser ambas falsas (no puede ser verdad al mismo tiempo que "Todo hombre es abogado" y que "Ningún hombre es abogado", pero ambas pueden ser al mismo tiempo falsas). (2) *Contradictoriedad*. Dos proposiciones contradictorias no pueden ser a la vez ni ambas verdaderas ni ambas falsas (no puede ser verdad al mismo tiempo que "Toda mujer es abogada" y que "Alguna mujer no es abogada", pero tampoco ambas afirmaciones pueden ser falsas al mismo tiempo porque o "Toda mujer es abogada" o "Alguna mujer no es abogada"; y lo mismo ocurre con la relación entre "Ninguna mujer es abogada" y "Alguna mujer es abogada"). (3) *Subcontrariedad*. Dos proposiciones subcontrarias pueden ser a la vez ambas verdaderas ("Algún hombre es abogado" y "Algún hombre no es abogado") pero no pueden ser a la vez ambas falsas (si fuera falso que "Algún hombre es abogado", como ocurre si decimos que "Algún hombre es murciélago", necesariamente sería verdadero que "Algún hombre no es abogado", como es verdadero que "Algún hombre no es murciélago", y viceversa). (4) *Subalternidad*. En dos proposiciones subalternas la verdad de la inferior se infiere de la verdad de la superior (si es verdad que "Toda mujer es abogada" entonces "Alguna mujer es abogada"), pero de la verdad de la inferior no se infiere la verdad de la superior (de que "Alguna mujer es abogada" no se deduce necesariamente que "Toda mujer es abogada"), y, por el contrario, de la falsedad de la superior no se infiere la falsedad de la inferior (de que sea falso que "Ningún hombre es abogado" no se deriva necesariamente que sea falso que "Algún hombre no es abogado"), pero de la falsedad de la inferior sí se deriva la falsedad de la superior (si es falso que

"Algún hombre no es mortal" es necesariamente falso que "Ningún hombre es mortal").

Aparentemente este tipo de relaciones puede análogamente establecerse entre las modalidades deónticas introduciendo la distinción entre permisos positivos (permisos de hacer) y permisos negativos (permisos de no hacer)¹⁰, lo que se expresaría –tomando como ejemplo la acción “FUMAR”– en un cuadro de este tipo:

OBLIGACIÓN Obligatorio fumar	Contrarias	PROHIBICIÓN Prohibido fumar
subalternas	Contradictorias	subalternas
PERMISO POSITIVO Permitido fumar	Subcontrarias	PERMISO NEGATIVO Permitido no fumar

Aplicando análogamente las relaciones indicadas para las proposiciones descriptivas, podría decirse: (1) La obligación y la prohibición de una misma acción son contrarias, de tal modo que no son lógicamente compatibles, pero sí es lógicamente posible que sobre una acción no exista ni obligación ni prohibición (como ocurre cuando está permitida). (2) La obligación y el permiso negativo son contradictorias, de tal modo que ni es compatible que ambas existan al mismo tiempo sobre una misma acción, ni es lógicamente posible que no exista ninguna de ellas (o es obligatorio fumar, o está permitido no fumar). Lo mismo ocurre entre la prohibición y el permiso positivo que son también contradictorios (o está prohibido fumar, o está permitido fumar). (3) El permiso positivo y el permiso negativo son modalidades subcontrarias, de tal modo que ambas son compatibles (permitido fumar y permitido no fumar) pero no es lógicamente posible que una acción, al mismo tiempo, no esté permitida y tampoco esté permitida la correspondiente abstención, ya que si la acción no está permitida por estar prohibida, entonces la abstención está necesariamente permitida, y si la abstención no está permitida por que la acción es obligatoria, entonces la acción queda necesariamente permitida. (4) Finalmente, la obligación y el permiso positivo son subalternos –como la prohibición y el permiso negativo– de tal modo que si existe la obligación de una acción, de ella se deduce el permiso de hacerla (si es obligatorio fumar, entonces se puede fumar) y si existe la prohibición, de ella se deduce el permiso de no hacerla (si está prohibido

¹⁰ Norberto BOBBIO, *Teoría General del Derecho*, Debate, Madrid, 1991, pp. 147-148.

fumar, entonces se puede no fumar); pero de la existencia de un permiso positivo no se deduce la obligación (de que esté permitido fumar no se deriva necesariamente que sea obligatorio) como de la existencia de un permiso negativo no se deduce la prohibición (de que esté permitido no fumar no se deriva necesariamente que esté prohibido).

1. El problema de los permisos

Los permisos han planteado numerosas perplejidades a la Teoría del Derecho. La cuestión se pone de manifiesto básicamente a partir de la relación de subalternidad que acabamos de ver, es decir de la relación entre una obligación y un permiso positivo o entre una prohibición y un permiso negativo. Parece que si existe la obligación de fumar, entonces tiene que ser posible fumar y, en consecuencia, está permitido fumar (aunque no esté permitido no fumar); paralelamente, parece que si está prohibido fumar, entonces tiene que ser posible no fumar y, en consecuencia, está permitido no fumar (aunque no esté permitido fumar). Estas relaciones se han expresado también mediante los aforismos "Debe implica puede" y "Debe-no implica puede-no".

Resultaría entonces que un permiso positivo no es sólo la calificación deóntica de una acción sometida a una norma permisiva (es decir, a la modalidad deóntica "permiso"), sino también la calificación deóntica de una acción sometida a una norma obligatoria (es decir, a la modalidad deóntica "obligación"). Y lo mismo cabe decir respecto al permiso negativo en relación con la prohibición. Esto ha conducido a algunos autores a proponer una cuarta modalidad deóntica a la que denominan "facultativo".¹¹ Una acción

¹¹. ALCHOURRÓN-BULYGIN, *Introducción...*, cit., p. 36: "Las expresiones P (permitido), O (obligatorio), Ph (prohibido) y F (facultativo) son los caracteres normativos o deónticos." Manuel ATIENZA, *Introducción al Derecho*, Barcanova, Barcelona, 1985, p. 322: "Es razonable, y relativamente usual, pensar que todos los operadores deónticos pueden reducirse a estos cuatro: obligatorio ("O"), prohibido ("Ph"), permitido ("P") y facultativo ("F")..." En ambos casos entienden por "facultativo" que esté permitida la realización y la no realización de una acción.

La cuestión es tan poco pacífica en la Teoría del Derecho que algún otro autor destacado, como Riccardo Guastini, asume que las calificaciones deónticas elementales son cuatro (obligación, prohibición, permiso y facultad) pero, sin embargo, denomina "permitida" a una acción cuya omisión no es obligatoria (esto es, a un permiso positivo) y "facultativa" a una acción cuya realización no es obligatoria (esto es, a un permiso negativo). Cuando el permiso y la facultad de una acción aparecen conjuntamente dan lugar, según Guastini, a una quinta calificación que ya no es elemental, sino compuesta, y que se denomina "libertad". (Riccardo GUASTINI, *Distinguiendo*, Gedisa, Barcelona, 1999, pp. 118-119; Original: *Distinguiendo*, Giappichelli, Turín, 1996).

sería facultativa cuando está permitido hacerla y permitido no hacerla (esto es: lo que aquí hemos definido antes como "permiso"). Cuando se introduce esta cuarta modalidad, suele afirmarse que obligación, prohibición y facultad son modalidades fuertes y exhaustivas (ya que toda acción o es obligatoria, o está prohibida o es facultativa) mientras que el permiso es una modalidad débil¹² ya que un permiso positivo puede ir ligado a la obligación o a la facultad, así como un permiso negativo puede ir ligado a la prohibición o a la facultad. Como ejemplifica Manuel ATIENZA: "Si está permitido asistir a clase, dicha acción puede ser tanto obligatoria como facultativa; lo único que queda excluido es que sea una acción prohibida."¹³

Sin embargo resulta chocante para nuestro uso ordinario del lenguaje normativo la idea de que si está prohibido fumar, entonces yo tengo permiso para no fumar, o de que si estoy obligado a realizar el servicio militar, entonces tengo permiso para realizarlo. Resultaría, por ejemplo, sarcástico redactar una sentencia por la que, condenando a Fulano como autor de un cierto delito, se le concede permiso para permanecer en prisión seis años y un día... pero no se le concede permiso para estar durante ese tiempo fuera de la prisión. Como resultaría ingenioso, pero burlón, que el presidente de una reunión comunicase a los asistentes que tienen permiso para no fumar en la reunión... pero no tienen permiso para fumar. En consecuencia parece necesario insistir en que las modalidades deónticas son tres y que un permiso, en el sentido que tiene en el lenguaje normativo ordinario, es lo mismo que esto que algunos llaman "facultad". Es decir: un permiso es siempre un permiso de hacer y no hacer y, aunque puede expresarse positiva o negativamente, siempre un permiso positivo implica el permiso negativo y un permiso negativo implica el permiso positivo. Generalmente cuando se expresa un permiso en forma positiva ("puedes fumar") es para exceptuar una prohibición existente o supuesta, y cuando se expresa negativamente ("puedes no asistir a clase") es para exceptuar una obligación existente o supuesta, pero en una u otra forma el permiso es siempre —como antes hemos visto— la negación de la correspondiente obligación y prohibición (permitido A significa que no es obligatorio A ni obligatorio no A, y que no está prohibido A ni prohibido no A, que es lo mismo).¹⁴

¹² Manuel ATIENZA, *Introducción...*, cit., p. 324.

¹³ Manuel ATIENZA, *ibidem*.

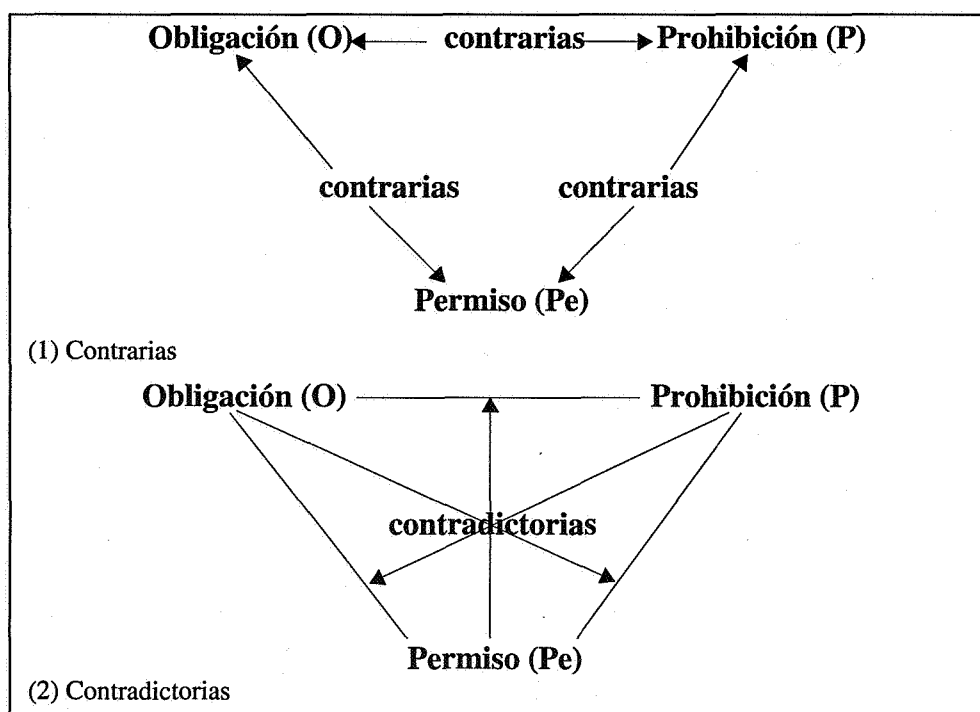
¹⁴ Alf ROSS, *Lógica de las normas*, Tecnos, Madrid, 1971, p. 114: "Las normas de permiso tienen la función normativa de indicar, dentro de un sistema, cuáles son las excepciones a las normas de obligación del sistema." (Original: *Directives and Norms*, Routledge & Kegan Paul, Londres, 1968).

La confusión se origina al equiparar el permiso, expresado positiva o negativamente, con la expresión descriptiva de relaciones particulares (algún es..., algún no es...) en el Cuadrado de Apuleyo.¹⁵ Creo que la solución del problema estaba ya intuía por muchos autores –entre ellos, ALCHOURRÓN y BULYGIN cuando distinguen entre prohibido y permitido como “caracteres de las normas” y como “caracteres de las conductas”¹⁶– aunque, en mi opinión, no claramente desarrollada. Se trata, en efecto, de distinguir entre las modalidades deónticas y la descripción de acciones calificadas deónticamente. Modalidades deónticas sólo hay tres: *obligación*, que significa que la acción es deónticamente necesaria (es decir, la acción puede ser realizada y sólo puede ser realizada, pero no puede no ser realizada); *prohibición*, que significa que la acción es deónticamente imposible (es decir, la acción puede no ser realizada y sólo puede no ser realizada, pero no puede ser realizada); y *permiso* (o *facultad*, o *libertad*), que significa que la acción es deónticamente posible (es decir, la acción puede ser realizada y puede no ser realizada).

^{15.} Si se comparan con cuidado el Cuadrado de Apuleyo y su aplicación a las modalidades deónticas podrá observarse una clara asimetría: en el primero, las proposiciones superiores son universales (todo S es...ningún S es) mientras que las proposiciones inferiores niegan la universalidad (algún S es... algún S no es); en el segundo las proposiciones inferiores lo que hacen es cambiar la modalidad. Como consecuencia ya no se establecen relaciones universales-particulares, afirmativas-negativas, como serían “Todo S tiene que Fumar, Todo S tiene que no Fumar, Algún S tiene que Fumar, Algún S tiene que no Fumar”, sino que ahora se establecen relaciones entre modalidades “Todo S tiene que Fumar, Todo S tiene que no Fumar, Todo S puede fumar, Todo S puede no Fumar”. Creo que el error aparece claro en BOBBIO (*Teoría General...*, cit., p.147) cuando dice: “La tercera proposición [se refiere a la proposición “No todos deben hacer X”] en cuanto exceptúa a algunos del deber de hacer, permite a éstos la posibilidad de no hacer, y corresponde por esto a la norma que hemos llamado *permisiva negativa*. La cuarta [se refiere ahora a la proposición “No todos deben de no hacer X”], en fin, es aquella que, en cuanto exceptúa a algunos del deber de no hacer, permite hacer, y es la que llamamos *permisiva positiva*”. Me parece que el error es evidente: no es lo mismo decir “todos los españoles pueden reunirse pacíficamente y sin armas” que decir “algunos españoles pueden reunirse pacíficamente y sin armas”. En la construcción habitual – como se ve en el argumento de Bobbio – parece que un permiso tiene que ser siempre un permiso particular.

^{16.} Carlos ALCHOURRÓN y Eugenio BULYGIN, *Introducción...*, cit. pp. 171-177. Allí distinguen, siguiendo a Kelsen, entre las normas como “enunciados *prescriptivos*” y las proposiciones normativas como “enunciados *descriptivos* que se usan para informar *acerca* de las normas o *acerca* de las obligaciones, prohibiciones o permisiones establecidas por las normas” (p. 173). Esto significa que si una norma establece, por ejemplo, “Prohibido fumar” dice algo distinto e incompatible con “Permitido fumar” pero no hay, sin embargo, incompatibilidad alguna en decir: “Aquí se puede no fumar, porque está prohibido”.

La relación entre estas tres modalidades se expresaría gráficamente así:



La relación entre cada dos modalidades es siempre de contrariedad por cuanto no son lógicamente compatibles, pero sí es lógicamente posible que una acción no esté calificada por ninguna de ellas sino por la tercera (si obligatoria no prohibida, pero puede que ni obligatoria ni prohibida sino permitida / si obligatoria no permitida, pero puede que ni obligatoria ni permitida sino prohibida / si prohibida no obligatoria, pero puede que ni prohibida ni obligatoria sino permitida / si prohibida no permitida, pero puede que ni prohibida ni permitida sino obligatoria / si permitida no obligatoria, pero puede que ni permitida ni obligatoria sino prohibida / si permitida no prohibida, pero puede que ni permitida ni prohibida sino obligatoria). La contradictoriedad sólo se produce entre cada una de las modalidades y las dos restantes, ya que una acción o está calificada por una modalidad o lo está por alguna de las otras dos; y si está por una de ellas, no lo está por ninguna de las otras dos.

Tres son las conclusiones que, de este análisis, cabe extraer.

(a) En primer lugar que las modalidades deónticas son tres (obligatorio, prohibido y permitido) y son interdefinibles entre sí; el sentido del carácter

“permitido” es siempre doble (permitido hacer y permitido no hacer) aunque se enuncie de una u otra forma según se pretenda excepcionar, respectivamente, una prohibición o una obligación.

(b) En segundo lugar, y como consecuencia, que no parece que tenga sentido alguno la distinción entre medios permisos (permiso de hacer / permiso de no hacer) y resulta innecesario introducir una cuarta modalidad, la de “facultativo”, para designar el permiso completo (permiso de hacer y permiso de no hacer).

(c) En tercer lugar que el Cuadrado de Apuleyo es inadecuado para establecer las relaciones lógicas entre las tres modalidades deónticas aunque sí podría ser adecuado para reflejar las relaciones entre acciones reguladas por normas¹⁷:

ACCIÓN NECESARIA Obligatorio Fumar (Obligación)	Contrarias	PROHIBICIÓN Prohibido fumar (Prohibición)
subalternas	Contradictorias	subalternas
ACCIÓN POSIBLE Posible Fumar (Obligación o Permiso)	Subcontrarias	NO ACCIÓN POSIBLE Posible no Fumar (Prohibición o Permiso)

Mientras no resulta correcto afirmar que si una acción es –conforme a una cierta norma– obligatoria entonces está permitido hacerla y que si está prohibida entonces está permitido no hacerla, sí que resulta correcto afirmar que si una acción es obligatoria entonces –conforme esa determinada norma– esa acción “puede” ser realizada, y que si está prohibida entonces “no puede” ser realizada; pero aquí el sentido de “puede” o “no puede” sólo significa que si un sujeto realiza la acción o la omisión correspondiente actúa conforme a la norma, pero no significa que la acción esté, para ese sujeto, “permitida” por esa norma.

2. Permisos fuertes y permisos débiles

Otro problema suscitado por los permisos fué planteado por VON WRIGHT en los siguientes términos: "De los actos que han sido sometidos a una norma, algunos son permitidos, otros prohibidos, otros mandados. Aquellos actos que no han sido sometidos a norma son *ipso facto* no prohibidos. Si

¹⁷ No obstante, el gráfico sigue careciendo de simetría con el Cuadrado de Apuleyo.

un agente hace tal acto, el legislador no puede acusarle de violar la ley. *En este sentido*, tal acto puede decirse que está «permitido».¹⁸ A partir de aquí introdujo la distinción —muy generalmente aceptada— entre permisos “débiles” y permisos “fuertes”. Un permiso fuerte es un permiso contenido explícitamente en una norma, mientras que un permiso débil es un permiso no formulado en una norma. Las acciones que están “débilmente” permitidas, en un sistema dado, son todas aquellas que no están reguladas por ninguna norma (de obligación, prohibición o permiso) del sistema. Como es fácil de ver, este problema tiene relación con la prioridad de la modalidad de “permiso” a que antes hicimos referencia. Pero esto plantea dos problemas: ¿es cierto que, para un sistema de normas dado, todo lo que no esté expresamente regulado (como obligatorio, prohibido o permitido), está permitido? ¿si es así, qué diferencia hay entre permisos débiles y fuertes, o entre acciones permitidas fuertemente y acciones permitidas débilmente?

VON WRIGHT no dejó la cuestión claramente resuelta y, desde entonces, se viene discutiendo si existe tal cosa como el “permiso débil” de forma que, para un sistema normativo dado, fuese siempre cierto que “todo aquello que no está prohibido o es obligatorio, está permitido”. La importancia de la cuestión, sobre todo para los juristas (como se apuntaba antes en la nota 9), estriba en que, de ser cierta esta afirmación, cualquier sistema jurídico sería un sistema completo (es decir, regularía toda acción concebible). Lo cierto es que no hay ninguna razón para pensar que un legislador cualquiera, cuando no regula una conducta, está queriendo permitirla débilmente. Parece más razonable pensar que un legislador, cuando no regula una conducta, simplemente no la regula. Una conducta que no es obligatoria ni está prohibida ni está permitida en un sistema dado, es una conducta que no está regulada por el sistema. Lo que ocurre, sin embargo, es que el status deóntico de una conducta no regulada es exactamente el mismo que el status deóntico de una conducta permitida. Es decir: que una conducta permitida es una conducta que, deónticamente, puede ser realizada o no realizada por el sujeto según desee (pues ese es el contenido del permiso); y una conducta no regulada es una conducta que puede ser realizada o no realizada por el sujeto según desee (pues asumimos que sólo puede ser objeto de normas una conducta que, en términos reales, es disponible para el sujeto —como antes hemos visto—, y si es disponible para el sujeto y no está sometida a ninguna norma, entonces sigue siendo disponible para el sujeto).

Por supuesto que cualquier legislador podría expresamente cerrar el sistema normativo dictando una norma general que podría ser de tipo permisivo (“Todo

¹⁸ G. H. VON WRIGHT, *Norma y acción...*, cit., p.101.

aquello que no está prohibido o es obligatorio, está permitido"), de tipo obligatorio ("Todo aquello que no está prohibido ni está permitido, es obligatorio") o de tipo prohibitivo ("Todo aquello que no es obligatorio ni está permitido, está prohibido"). Si esto ocurre (y ocurre lo primero en los ordenamientos jurídicos modernos que consagran un derecho subjetivo general a la libertad) entonces el problema que estamos discutiendo simplemente no se plantea porque no existe ninguna acción que no esté expresamente regulada por el sistema. Si, por el contrario, no hay ninguna norma general de clausura (ni permisiva, ni obligatoria ni prohibitiva) entonces cabe afirmar que las acciones no reguladas son, para ese sistema normativo, acciones disponibles para el sujeto (esto es: libres) exactamente igual que las acciones permitidas. Si es esto, como parece, lo que significa la idea de "permiso débil" de VON WRIGHT, la idea parece correcta.

No obstante, algunos autores que rechazan la idea de VON WRIGHT del "permiso débil" han esgrimido argumentos que también afectan a la explicación que acabamos de proponer. Así, por ejemplo, Alf ROSS afirma: "Parece razonable decir que los niños no pueden asumir que todo aquello que sus padres no les han prohibido les está permitido. Difícilmente aceptaríamos de un niño de seis años la excusa de que le está permitido fumar por cuanto sus padres no se lo han prohibido."¹⁹ ROSS, para justificar esta intuición, se ve obligado poco después a afirmar que "la peculiar característica que distingue a esas relaciones de las relaciones jurídicas es que los niños están sujetos a prescripciones restrictivas que son más bien indefinidas y comprensivas por su alcance."²⁰ En consecuencia ROSS parece suponer que los niños están sometidos —respecto a la potestad de sus padres— a una norma general prohibitiva. Sólo bajo esta suposición cabe, en efecto, afirmar que lo que no se les ha permitido les está prohibido. Esta suposición de una norma general prohibitiva ha estado vigente en todos los modelos de educación autoritaria. Arthur KOESTLER cuenta en sus memorias que se educó, allá por la segunda década de este siglo, bajo el despotismo de una empleada familiar llamada Bertha quien, por delegación de sus padres, aplicaba un estricto modelo victoriano; y KOESTLER lo resume con un gran sentido común: "Dentro de la vida normal, se permite todo lo que no es prohibido por la ley. En mi infancia, se prohibía todo lo que no estaba expresamente permitido".²¹ Aunque muy probablemente esto no tiene mucho sentido. Se debe señalar, por el contrario, que la peculiaridad del proceso educativo parece responder más bien a la idea de que el padre y la madre (y otros agentes de socialización) van introduciendo paulatinamente

¹⁹. Alf ROSS, *Lógica de las Normas*, cit., p. 116.

²⁰. Alf ROSS, *ibidem*.

²¹. Arthur KOESTLER, *Flecha en el azul*, Alianza, Madrid, 1973, p. 45.

normas de conducta que el niño va percibiendo como tales de tal modo que, si un niño a los seis años es sorprendido fumando, será más correcto para su formación moral (normativa) mostrar desagrado, explicarle los motivos y prohibirle fumar en lo sucesivo. Si, por el contrario, se le impone un castigo *por haber quebrantado una norma* el niño, con toda probabilidad, lo percibirá como una arbitrariedad. Y, además, tendrá razón. En cualquier caso, si se acepta el punto de vista de ROSS (y de Bertha) necesariamente ha de darse por supuesta la existencia de una norma general de clausura de carácter prohibitivo.

La idea del "permiso débil" viene a dar cuenta de una intuición muy reiterada por los juristas (KELSEN, entre otros muchos, sostuvo que toda conducta que no está regulada como prohibida, está permitida; ZITELMANN ya había defendido y popularizado, en 1903, una idea similar que recibió el nombre de "norma general excluyente"). A pesar de ello, la idea de un permiso débil entendida como la de una norma no expresamente formulada, resulta problemática porque fuerza innecesariamente el uso de los conceptos. Ello no obstante, esta idea trata de expresar una conclusión tan sencilla como cierta: *que el status deóntico de una conducta no regulada es idéntico al status deóntico de una conducta permitida* (y, en consecuencia, que, en un sistema normativo dado, toda conducta que no es obligatoria ni está prohibida ni está permitida, es como si estuviera permitida).²²

III. DE LAS MODALIDADES DEÓNTICAS A LOS CONCEPTOS JURÍDICOS FUNDAMENTALES

Si imagináramos un conjunto de normas de conducta muy simple y para un sólo sujeto (imaginemos, por ejemplo, a Robinson formulándose a sí mismo normas de conducta) los conceptos que hemos visto serían suficientes para describir todas las acciones reguladas por ese conjunto. Robinson se habría impuesto a sí mismo ciertas obligaciones, ciertas prohibiciones y ciertos permisos expresados como positivos o como negativos (probablemente los permisos no se los habría formulado, pues daría por supuesto que todo aquello sobre lo que no tiene la firme convicción de que *debe* hacerlo o de que *debe no*

²² Como luego veremos, la distinción relevante desde un punto de vista normativo no estriba en si está permitida por una norma (permiso fuerte) o si está permitida porque no está regulada (permiso débil) sino si ese permiso - sea expreso o sea tácito por ausencia de regulación - está o no está normativamente protegido frente a la posible interferencia de otros.

hacerlo, es precisamente lo que hará o dejara de hacer según le venga en gana en cada momento). Un orden normativo de este tipo constituiría probablemente lo que los autores llaman un sistema "moral" por razón de su absoluta autonomía. Pero la cuestión no es tan sencilla cuando tenemos que describir conjuntos normativos complejos y, particularmente, el ordenamiento jurídico y ello al menos por dos razones: en primer lugar porque las normas de este tipo de conjuntos no contemplan la acción posible de un sujeto, sino las relaciones entre sujetos diversos; en segundo lugar porque este tipo de conjuntos, cuando se organiza sistemáticamente, no contiene sólo normas de conducta sino también normas sobre normas, esto es normas que prescriben la forma de crear, cambiar y sancionar las normas de conducta.²³

Imaginemos, por tanto, ahora a Robinson una vez que encuentra a Viernes y establece con él una relación de autoridad que Viernes acepta, ya sea por reverencia ya sea por temor o por ambas cosas a la vez.²⁴ Robinson dicta una serie de normas de conducta para Viernes, como por ejemplo: (1) obligatorio recoger fruta todos los días, (2) prohibido pescar y (3) permitido cazar. Hasta aquí, Robinson no utiliza ninguna otra modalidad deóntica más que las que ya conocemos y las tres acciones (recoger fruta, pescar y cazar) quedan calificadas deónticamente como una obligación, una prohibición y un permiso. Si Robinson no pretende limitarse a dar ordenes o mandatos aislados, sino normas de conducta estables que aseguren el comportamiento de Viernes, muy probablemente dictará de momento dos normas más: (4) siempre que yo te

²³ Se debe principalmente a Herbert L. A. Hart la tesis de que el ordenamiento jurídico se caracteriza por la combinación de reglas primarias (de conducta) y reglas secundarias (de reconocimiento, cambio y adjudicación) (H. L. A. HART, *El concepto de Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963, Capítulo V; Original: *The Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, 1961), aunque la distinción entre normas de conducta y normas de competencia había sido ya desarrollada por ROSS (*Sobre el Derecho...*, cit., p. 32). Hoy es una distinción generalmente aceptada.

²⁴ En el clásico relato de Daniel DEFOE aparece con claridad ese doble motivo para la obediencia: "...quizá al principio tenía tanto miedo de mí como de ellos [sus perseguidores]... por fin se acercó a mí, entonces se postró de rodillas otra vez, besó el suelo y apoyó su cabeza en el suelo, y cogiéndome por el pie puso mi pie sobre su cabeza; lo cual parecía ser en señal de que juraba convertirse en mi esclavo para siempre..." (*Robinson Crusoe*, Penguin, Middlesex, 1977, pp. 206-207; la novela se publicó originalmente en 1719). La relación entre la amenaza real de la fuerza (elemento de compulsión) y el sentimiento ideal de obligatoriedad (elemento de validez) es uno de los temas claves en la explicación teórica de la obligatoriedad de las normas jurídicas. Ross ha ofrecido una explicación unitaria de ambos aspectos (Alf ROSS, *Hacia una ciencia realista del Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961 pp. 89-90; Original: *Towards a Realistic Jurisprudence*, Munksgaard, Copenhagen, 1946).

comunique una nueva norma, lo que haré poniéndome en pie, tú debes obedecerla; (5) si desobedeces cualquier norma, serás castigado a dormir al aire libre. De estas dos últimas, la primera (4) constituye una norma de reconocimiento y de cambio (es decir, establece el modo en que Robinson dictará nuevas normas o modificará las dictadas), la segunda (5) constituye una norma de sanción o adjudicación (en el sentido de que, para acordar la sanción prevista, Robinson tendrá previamente que decidir que alguna otra norma ha sido desobedecida y a esto le llamamos "juzgar" o "adjudicar").

La cuestión es ahora un poco más complicada. Viernes, además de tener una obligación, una prohibición y un permiso, tiene también una obligación general de obediencia, es decir una "sujeción" a la "competencia" (o "potestad") normativa de Robinson. Robinson, por su parte, si utiliza el lenguaje consistentemente, ha contraído ciertas obligaciones y prohibiciones para sí mismo: sólo dictará normas poniéndose de pie, y no de ninguna otra forma, y sólo sancionará la desobediencia castigando a Viernes a dormir al aire libre, y no de ninguna otra forma.

Pero supongamos ahora una tercera situación (que DEFOE no imaginó) en la que aparece Sábada, una mujer de distinta etnia que Viernes, que queda del mismo modo sometida a la autoridad de Robinson y a las normas que él ha dictado, con la particularidad de que Robinson le obliga a ella a cocinar la caza. Pero ocurre que Sábada adora a diferentes dioses que Viernes, lo que — como es desgraciadamente habitual— origina frecuentes tensiones religiosas y rituales entre ellos, tensiones que Viernes suele vengar impidiendo a Sábada recoger fruta cuando tiene que hacerlo y cazar cuando quiere hacerlo, o comiéndose toda el guiso que Sábada cocina; Sábada, a su vez, realiza acciones similares contra Viernes. Ahora Robinson, ante las continuas querellas entre Viernes y Sábada, tiene que dictar normas que contemplen no sólo el comportamiento de Viernes o de Sábada (y su respectiva relación con la autoridad de Robinson) sino las propias relaciones de Viernes y Sábada entre ellos. Al mismo tiempo, para evitar que su autoridad se disuelva, Robinson decide reclamar para sí mismo, y sólo para él, la capacidad de decidir cuándo alguno de ellos ha incumplido una norma y de imponer el consiguiente castigo. En consecuencia Robinson dicta las siguientes normas:

- (6) Viernes está obligado a recoger fruta todos los días y a entregar la tercera parte a Sábada.
- (7) Sábada está obligada a cocinar la caza y entregar la tercera parte del guiso a Viernes.

- (8) Viernes no puede impedir hacer ni forzar a hacer a Sábada aquello que ella tiene permiso para hacer, ni le puede impedir hacer lo que está obligada a hacer, ni le puede forzar a hacer lo que tiene prohibido hacer.
- (10) Sábada no puede impedir hacer ni forzar a hacer a Viernes aquello que él tiene permiso para hacer, ni le puede impedir hacer lo que está obligado a hacer, ni le puede forzar a hacer lo que tiene prohibido hacer.
- (11) Cualquier desobediencia será castigada por mí y sólo por mí con la pena de dormir al aire libre.
- (12) Nunca dictaré ninguna norma que prohíba practicar ritos religiosos ni obligue a practicarlos.

Si observamos estas normas veremos que la situación deóntica se ha complicado notablemente. En primer lugar, las normas 6 y 7 no sólo configuran ciertas obligaciones para Viernes y Sábada, sino que configuran un nuevo tipo de obligación que podemos llamar “obligación-relacional”: Viernes tiene una determinada obligación (entregar un tercio de la fruta recogida) *hacia* Sábada, y en consecuencia Sábada tiene una determinada posición deóntica respecto a Viernes, posición que podemos denominar “pretensión” (o “crédito”). Sábada tiene la pretensión, deónticamente establecida, de recibir esa entrega. Y lo mismo sucede con Viernes, que tiene la pretensión de recibir de Sábada un tercio del guiso. Estas pretensiones son correlativas a las respectivas obligaciones-relacionales.

En segundo lugar, las normas 8 y 9 confieren a Viernes y Sábada determinados “permisos-relacionales”, al mismo tiempo que garantizan su capacidad para cumplir sus obligaciones y prohibiciones sin interferencia ajena. Es decir, Robinson no sólo dicta ciertos permisos, sino que los garantiza normativamente prohibiendo cualquier acción que tienda a hacer inviable disfrutar el permiso (impidiendo hacer o forzando a hacer) o, dicho de otro modo, establece frente a cada permiso una obligación en el otro de abstenerse, y del mismo modo establece similar obligación de abstenerse respecto a la conducta que el otro debe seguir. La “abstención” es así la situación correlativa deónticamente de los permisos o libertades relacionales, y es también una situación que garantiza la autonomía de Viernes y Sábada, recíprocamente, para cumplir o incumplir sus obligaciones.

La norma 11 viene a reforzar a la anterior norma 5 en el sentido de que Robinson monopoliza la potestad de adjudicar las normas (mediante la impo-

sición de las correspondientes sanciones) suprimiendo, en conjunción con las normas 8 y 9, la posibilidad de que Viernes o Sádaba ejerzan recíprocamente entre sí coacción alguna ya sea ilícita (para impedir hacer lo que se debe hacer, forzar a hacer lo que se debe no hacer o impedir hacer lo que está permitido hacer) ya sea lícita (forzando a cumplir la norma o imponiendo la sanción correspondiente a un incumplimiento). Finalmente, la norma 13 establece un ámbito de libertad (o permiso) en materia religiosa no sólo recíprocamente entre Viernes y Sábada, sino con relación a la potestad normativa de Robinson. De este modo Robinson establece su "incompetencia" en materia religiosa, y correlativamente sitúa a Viernes y Sábada en una situación que podemos denominar "inmunidad".²⁵

En resumen: una obligación relacional o una prohibición relacional implican, como situación correlativa, una pretensión; un permiso (o libertad) relacional implica, como situación correlativa, una abstención; una potestad implica, como situación correlativa, una sujeción; y una inmunidad implica, como situación correlativa, una incompetencia.

Antes de continuar el análisis de cada uno de estos conceptos es necesario recordar de nuevo que fué Wesley Newcomb HOHFELD (1879-1918), un norteamericano prematuramente fallecido, el que —en 1913²⁶— formuló por vez pri-

²⁵. Tiene especial importancia darse cuenta de que ninguna de estas normas tiene un carácter necesario. Hay muchos conjuntos normativos que carecen de normas claras de competencia y adjudicación, como sucede en las reglas del trato social o en la moralidad positiva. Es un carácter típico de los ordenamientos jurídicos desarrollados haber establecido normas tendentes a monopolizar en la autoridad política la competencia para crear normas jurídicas (o, al menos, las normas jurídicas superiores) y la competencia para adjudicar las normas (Administración de Justicia) monopolizando así el uso legítimo de la fuerza física (coerción). En ordenamientos jurídicos primitivos las normas eran mayoritariamente de carácter consuetudinario y los jueces aplicaban las costumbres que la gente consideraba vinculantes ("opinio iuris seu neccessitatis"), aunque probablemente esa "opinio iuris" se veía alimentada por el hecho de que los jueces aplicasen, como norma vinculante, una cierta costumbre.

Las normas que, de forma muy simplificada, se atribuyen aquí a la imaginación legislativa de Robinson son, por tanto, de carácter contingente; sin embargo resultan necesarias si Robinson se propone eliminar toda posibilidad legítima (autorizada) de utilización de la fuerza coercitiva por parte de Viernes y Sádaba. Esta ha sido la evolución típica del Estado moderno.

²⁶. HOHFELD, *Some fundamental legal...*, cit. Hay traducción española de la edición norteamericana de 1923: *Conceptos jurídicos fundamentales*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1968 (hoy reeditada en Fontamara, México, 1992).

mera un análisis de este tipo²⁷, aunque empleando distinta terminología (derecho subjetivo [right] / deber [duty]; privilegio [privilege] / no derecho [no-right]; poder [power] / sujeción [liability]; inmunidad [immunity] / incompetencia [disability]). Alf ROSS desarrolló más tarde este mismo análisis, introduciendo la diferencia entre normas de conducta y normas de competencia y modificando algo la terminología (obligación [obligation] / pretensión [claim]; permiso [permission] / no-pretensión [no-claim]; competencia [competence] / sujeción [subjection]; inmunidad [immunity] / incompetencia [disability]).²⁸

Estos ocho conceptos constituyen un "nivel intermedio" -como señaló Genaro R. CARRIÓ²⁹- entre las modalidades deónticas y los conceptos con que la doctrina jurídica designa situaciones normativamente configuradas de carácter más complejo, tales como nacionalidad, ciudadanía, filiación, crédito hipotecario, herencia yacente, usufructo, arrendamiento, responsabilidad objetiva, etc. etc. Para expresarlo gráficamente podríamos decir que las modalidades deónticas son los "quarks" (conceptos jurídicos básicos) que constituyen los "átomos" (conceptos jurídicos fundamentales), los cuales constituyen, en sus diversas combinaciones, las "moléculas" (conceptos jurídicos complejos) que designan las situaciones en que se pueden encontrar los destinatarios de las normas de un ordenamiento jurídico.³⁰

²⁷. Ello no obstante, fue Hugo GROCIO - considerado generalmente como el "padre" de la noción moderna de derecho subjetivo - quien formuló originalmente algunas de estas distinciones: tras establecer un primer significado de "derecho" como aquello que es justo, afirma: "De este significado de Derecho que definimos se distingue aquel otro que, teniendo el mismo origen, se refiere a las personas. Es este Derecho una cualidad moral de la persona, en virtud de la cual puede hacer o tener algo lícitamente... Los jurisconsultos llaman a esta facultad con el nombre de "lo suyo". Nosotros, en adelante, la llamaremos Derecho propia y estrictamente dicho. En él se comprende la facultad sobre sí mismo, que llamamos libertad, y sobre otros, sea paterna o señorial. El dominio es pleno, o menos pleno, como el usufructo o la prenda; y el crédito al que se contrapone la deuda." (*Del derecho de presa. Del derecho de la guerra y de la paz*, selección de P. Mariño, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, p. 54; Original: *De iure belli ac pacis*, 1625). Debe notarse que aparecen en Grocio claramente enunciadas algunas de las modalidades de derecho subjetivo que hoy desarrollamos siguiendo a Hohfeld: las de libertad, potestad (o competencia) y pretensión (o crédito).

²⁸. ROSS, *Sobre el Derecho...*, cit., pp. 155 y ss.; *Lógica de las normas*, cit., pp. 113 y ss.

²⁹. Genaro R. CARRIÓ, en la "Nota Preliminar" a W. N. HOHELD, *Conceptos jurídicos...*, cit., p. 7, donde los denomina "expresiones B".

³⁰. Lars Lindahl ha desarrollado un sistema bastante complejo de lo que llama "posiciones jurídicas" partiendo de la teoría de Stig Kanger que distinguía cuatro tipos "simples" de derechos ("claim", "power", "freedom" e "immunity") y sus cuatro negaciones (contrapretensión, contrapoder, contralibertad y contrainmunidad) con cuyas combinaciones se podían obtener hasta veintiséis tipos "atómicos" de derechos (L. LINDAHL, *Position and Change. A Study in Law and Logic*, Reidel, Dordrecht, 1977, p. 56).

IV. DERECHOS Y DEBERES: INTRODUCCIÓN

Podemos observar, en una primera aproximación, que entre las ocho situaciones designadas cuatro pueden denominarse situaciones "positivas" o "favorables" para el sujeto (a saber, las de permiso [libertad o facultad], pretensión [o crédito], inmunidad y potestad [o competencia]) y las otras cuatro pueden denominarse situaciones "negativas" o "desfavorables" para el sujeto (a saber, las de abstención, obligación, incompetencia y sujeción).³¹ Esta es, evidentemente, una consideración convencional que supone que es mejor para un sujeto mantener la disponibilidad sobre su acción (libertad o inmunidad) o tener la posibilidad de dirigir la acción de otros (pretensión o potestad), y que es peor para un sujeto estar condicionado por la norma (abstención u obligación), carecer de poder sobre otros (incompetencia) o –todavía peor– estar sometido a la potestad de otros (sujeción). Esta consideración convencional tiene una apariencia objetiva, es decir no depende de la actitud psicológica individual: un sujeto determinado en una situación dada puede preferir que otro decida por él (es decir, puede preferir la sujeción a la inmunidad) como puede preferir por razones personales estar en la cárcel (obligación) que estar en libertad. Sin embargo, desde el punto de vista de la "ideología" normativa liberal que inspira los sistemas jurídicos modernos podemos asumir –por encima de las preferencias individuales– que unas son las situaciones favorables y otras las desfavorables.³² Un conjunto de normas es siempre un conjunto

³¹. Aunque en el análisis de Hohfeld se consideraba que "en sentido estricto" sólo era un "derecho" (right) la posición correlativa de un deber, la discusión posterior considera que las cuatro situaciones "positivas" son derechos en sentido subjetivo. Alf ROSS, *Sobre el Derecho...*, cit., p. 162: "El término "derecho" (en sentido subjetivo) incluye conceptos tan heterogéneos como facultad, libertad, potestad (competencia) e inmunidad".

³². L. W. SUMNER señala que "al singularizar las libertades, pretensiones, potestades e inmunidades como ventajas normativas no negamos, desde luego, que su posesión pueda resultarnos perjudicial en ocasiones particulares" (*The Moral Foundation of Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1987, p. 32).

No deja de ser curioso que, conforme a las investigaciones de Michel Villey - hoy generalmente aceptadas -, el origen de la noción moderna de "derecho subjetivo" como facultad se remonte a las querellas entre los franciscanos y el Papa Juan XXII. La afirmación del carácter facultativo, y por ello renunciabile, de las potestades constituyó el núcleo del *Opus nonaginta dierum* que Guillermo de OCCAM escribió en contestación a la Bula pontificia *Quia vir reprobis* que Juan XXII había dirigido contra el general de la orden franciscana Miguel de Cesena. Lo curioso de la cuestión es que los franciscanos defendían el carácter facultativo del "dominium" para sostener su derecho a renunciarlo, es decir, su derecho a ser pobres.

de restricciones –por más que resulten útiles e incluso necesarias³³– de la libertad para elegir el curso de la acción que es propia, como hemos visto, de las acciones no reguladas. Obviamente un asceta o un monje pueden pensar que es mejor tener muchas abstenciones, muchas obligaciones, una total incompetencia y una absoluta sujeción, pero eso simplemente expresa una concepción ética personal, respetable aunque poco acorde con la capacidad de ser agente moral, es decir: de tomar las propias decisiones.

Bajo ese punto de vista convencional, las situaciones jurídicas positivas o favorables suelen denominarse situaciones de "derecho" (o, simplemente, "derechos", en sentido de "derechos subjetivos") y las situaciones jurídicas negativas o desfavorables suelen denominarse situaciones de "deber" (o, simplemente, "deberes").

Como enseguida veremos, la doctrina jurídica dominante durante los dos últimos siglos ha mantenido un concepto de "derecho subjetivo" (el "ius" romano o el "right" inglés) bastante más limitado que el nuestro, pero la evolución constante del lenguaje jurídico permite afirmar hoy que, efectivamente, se denominan "derechos" a todas las situaciones jurídicas positivas o favorables. En general se considera que existe un derecho subjetivo consistente en la libertad o, al menos, en ciertas libertades: la libertad de domicilio, por ejemplo, o la libertad de expresión se consideran unánimemente como derechos subjetivos cuyo contenido es un permiso para establecer el domicilio donde una quiera o para expresarse libremente (o no hacerlo). Del mismo modo, se admite que es un derecho subjetivo –y este es un concepto jurídico típico– cualquier pretensión normativamente garantizada, por ejemplo la pretensión del comprador de obtener la entrega de la cosa comprada o la pretensión del vendedor de recibir el precio. Se denomina asimismo como derecho subjetivo cualquier inmunidad, ya que consiste en una protección de la libertad frente a la potestad normativa de otro; la libertad religiosa se considera de este modo como un derecho subjetivo que –en la evolución del Estado moderno en Occidente– limita la potestad normativa del Estado en el ámbito religioso. Finalmente, la potestad ha sido generalmente considerada como el núcleo conceptual del derecho subjetivo ("Conceptualmente el derecho subjetivo es un poder

³³. Aunque toda norma restringe la libertad de su destinatario ello no significa que no sea, para el propio destinatario, útil e incluso necesario estar sometido a normas. Habitualmente se distinguen, bajo ese punto de vista, dos funciones de las normas: la función de "instancia" consiste en que la norma me sirve para saber qué hacer (en este aspecto es un tipo cualificado de "razón para la acción") evitando así al sujeto la carga de una elección constante; la función de "garantía" consiste en que la existencia de normas me permite prever, con bastante seguridad, cómo va a ser la conducta de los demás.

concedido al individuo por el ordenamiento jurídico³⁴) aunque, generalmente, se limita esta idea de "derecho subjetivo" a los poderes o potestades que el ordenamiento reconoce a los individuos en sus relaciones particulares (potestades de derecho privado), y se niega que constituyan derechos subjetivos las potestades o poderes normativos que el ordenamiento atribuye a ciertos individuos o grupos de individuos en cuanto autoridad normativa (potestades de derecho público), las cuales suelen ser consideradas como funciones y no como derechos subjetivos. Por una parte esta restricción se apoya en la idea de que un derecho subjetivo es —como estamos viendo— siempre una situación favorable al sujeto, y los que tienen una potestad normativa pública parecen encontrarse más bien en la obligación de desempeñar una cierta función en favor de los demás. Sin embargo, esta distinción ideológica no puede ocultar que, desde el punto de vista meramente analítico, no hay diferencia entre las potestades privadas y las potestades públicas: ambas implican que uno tiene competencia para regular la acción de otros que quedan sujetos a él. La restricción se apoya también, por otra parte, en la idea de que el contenido de un derecho subjetivo es siempre facultativo, es decir que un derecho subjetivo es siempre o bien una libertad o bien una pretensión, una potestad o una inmunidad que el sujeto puede ejercer o no ejercer según desee. Puesto que las potestades públicas son generalmente obligatorias en su ejercicio (por ejemplo, la potestad del fiscal para acusar, o la del juez para dictar sentencia) se concluye que no constituyen "derechos". Esta idea, sin embargo, plantea algunas dificultades como más adelante veremos.

No hay ninguna duda de que, en el lenguaje jurídico, las situaciones de obligación y sujeción son denominadas deberes. El Código Civil, por ejemplo, dice que "el vendedor *deberá* entregar la cosa vendida en el estado en que se hallaba al perfeccionarse el contrato" (Artículo 1.468) o que "el socio industrial *debe* a la sociedad las ganancias que durante ella haya obtenido en el ramo de industria que sirve de objeto a la misma" (Artículo 1.683) y la doctrina jurídica siempre ha considerado las denominadas "obligaciones" como típico ejemplo de deber jurídico. Del mismo modo ocurre, respecto a la situación de sujeción como deber de obediencia: en su sentido más amplio —como deber de obedecer las normas jurídicas— el Artículo 9.1 de la Consti-

³⁴. Ludwig ENNECCERUS, Theodor KIPP y Martín WOLFF, *Derecho Civil*, Parte General, Volumen primero, Bosch, Barcelona, 1934 (traducción anotada de Blas Pérez González y José Alguer de la décimotercera revisión de Hans Carl Nipperdey), p. 287. Es una definición clásica de derecho subjetivo, aunque permite luego distinguir entre derechos de dominación, pretensiones y derechos a la modificación jurídica o derechos de formación (ibidem, pp. 293-297).

tución Española establece que "los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico"; el Artículo 154 del Código Civil dice que "los hijos *deben* (1) obedecer a sus padres mientras permanezcan bajo su potestad..." de modo que sujeción y deber de obedecer son equivalentes. La abstención respecto a los permisos o facultades de los demás también es unánimemente considerada un deber jurídico típico. Suele decirse, por ejemplo, que en los derechos reales (derechos sobre las cosas) hay dos elementos: uno que es el poder, potestad o facultad de disponer de las cosas (es decir, una situación de permiso o libertad) y otro que es la relación del titular de ese derecho con los demás y que consiste en "el *deber* (de contenido negativo) que tienen los terceros de no invadir aquella relación autónoma y directa entre el sujeto y la cosa".³⁵ En la misma medida en que la potestad o competencia no ha sido considerada, en la dogmática jurídica habitual, como una situación de derecho —por las razones que acabamos de ver— tampoco la incompetencia es generalmente considerada como un deber. Sin embargo es claro que, bajo el punto de vista normativo, una situación de incompetencia es una situación de deber, es decir una prohibición de mandar. Así lo entienden los administrativistas cuando, al analizar la relación entre la potestad administrativa y el ordenamiento jurídico, afirman que existe una relación necesaria entre potestad y norma que puede expresarse en la siguiente forma: "quae non sunt permissae prohibita intelliguntur"³⁶; lo que significa que está prohibido ejercer (o tratar de ejercer) una competencia que no se tiene atribuida, es decir que una situación de incompetencia implica un deber de no hacer.

El carácter relacional de estas situaciones (derechos y deberes³⁷) permite constatar entre ellas ciertas relaciones de correlación o de oposición —lo que fué ya puesto de relieve por HOHFELD—. En efecto, como hemos visto al analizar su génesis conceptual con el ejemplo de Robinson, Viernes y Sábado, estos conceptos designan relaciones normativas correlativas de tal modo que, para un conjunto limitado de dos sujetos (S1 y S2), cada situación de uno de ellos supone una situación correlativa en el otro:

³⁵. José CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil español, común y foral*, tomo segundo, volumen primero, Reus, Madrid, 1964 (décima edición), p. 22.

³⁶. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1983 (quinta edición), p. 440, citando a Ballbe.

³⁷. Como veremos más adelante mientras los derechos son siempre situaciones relacionales no cabe decir lo mismo de los deberes. Ahora nos referimos a deberes relacionales, es decir y por ello relativos a un derecho.

Derechos (correlativos) Deberes

Libertad de S1	Abstención de S2
Pretensión de S1	Obligación de S2
Inmunidad de S1	Incompetencia de S2
Potestad de S1	Sujección de S2

Si, por otra parte, contemplamos estas situaciones desde el punto de vista del mismo sujeto (el destinatario principal de la norma) podemos asimismo constatar las relaciones de oposición que se producen entre unas y otras:

Derechos (opuestos) Deberes

Libertad de S1	Obligación de S1
Pretensión de S1	Abstención de S1
Inmunidad de S1	Sujección de S1
Potestad de S1	Incompetencia de S1

En conclusión, para un sujeto (S1) una situación normativa de *libertad* es correlativa de una situación normativa de abstención de otro (u otros) sujetos (S2) y opuesta a una situación normativa de obligación para él mismo; una situación de *pretensión* es correlativa de una obligación de otro (u otros) y opuesta a una abstención para él mismo; una situación de *inmunidad* es correlativa de una incompetencia de otro (u otros) y opuesta a una sujeción para él mismo y, finalmente, una situación de *potestad* es correlativa de una sujeción de otro u otros y opuesta a una incompetencia para él mismo.

En una distinción muy usual en la dogmática jurídica, cuando el sujeto del deber correlativo a un derecho es un individuo o un conjunto determinado de individuos se dice que el derecho es “relativo”, mientras que cuando el sujeto del deber correlativo son todos los demás individuos (“erga omnes”), se dice que el derecho es “absoluto”.

La exposición gráfica de estas relaciones de correlación y oposición entre los cuatro conceptos que designan derechos subjetivos y los otros cuatro que designan deberes implica la idea de que estos ocho conceptos son exhaustivos, esto es: que designan todas las situaciones posibles que pueden configurarse mediante la regulación de la conducta de un sujeto en relación con la de otro u otros a partir de las tres modalidades deónticas. Esta sería la versión fuerte de la

Teoría de HOHFELD que, a pesar de haber sido ampliamente discutida, parece efectivamente cierta.³⁸ En todo caso, como señalamos en la "Introducción", el esquema sólo presenta conceptos que designan situaciones elementales o atómicas. Los conceptos con los que la dogmática jurídica designa situaciones normativamente más complejas tienen una estructura –cabría decir– molecular. Por ejemplo, el derecho de propiedad –considerado durante siglos como prototipo del derecho subjetivo– aparece definido por el Artículo 348 del Código Civil en los siguientes términos: "La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes". Unánimemente ha sido considerado como un derecho real (sobre una cosa) y absoluto ("erga omnes") cuyo contenido consiste en las facultades (o libertades) para usar, disfrutar, abusar y poseer la cosa y las potestades de disponer de ella y vindicarla. Sin embargo el derecho de propiedad no es sólo esa combinación de libertades y potestades sino que incluye obligaciones y prohibiciones que doctrinalmente se consideran "limitaciones del dominio" y que, en efecto, vienen a delimitar el ámbito de este "derecho". Estas obligaciones y/o prohibiciones pueden ser –nos enseña la doctrina iusprivatista– en interés público o en interés privado y comprenden aspectos tan diversos como la prohibición del abuso (por ejemplo, el agotamiento constante del agua de un pozo sin ánimo de utilizarla sino para privar de ella a un vecino), la obligación de arreglar la fachada (frecuentemente impuesta por las normas urbanísticas) o la obligación de arrancar y retirar un árbol que amenaza caerse, entre muchísimas otras. Esto quiere decir que nadie podría adecuadamente describir el derecho subjetivo de propiedad en nuestro ordenamiento jurídico (o en cualquier otro) meramente como una facultad o poder del propietario, sino que ha de incluir en la descripción una cierta cantidad de obligaciones y prohibiciones.³⁹ Si, a pesar de las obligaciones y prohibiciones que recaen sobre el propietario (de las que sólo hemos citado ejemplos míni-

³⁸ Genaro R. CARRIÓ, "Nota Preliminar", cit., pp. 11-13, distingue entre una interpretación "moderada" de Hohfeld según la cual sus ocho categorías sólo pretenden reconstruir el significado de los conceptos habitualmente utilizados en el lenguaje jurídico, y una interpretación "máxima" de su doctrina, según la cual los cuatro conceptos de "derecho" y los cuatro de "deber" constituirían conceptos mínimos a los que "se podrían reducir todas las situaciones o relaciones jurídicas concebibles". Carrió se inclina por la interpretación moderada. En la presentación que aquí hacemos acepto la interpretación "máxima".

³⁹ Debería incluir también una "inmunidad" típica que está establecida por el Artículo 33.3 de la Constitución. "Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes."

El ejemplo de la propiedad es el mismo que utilizó ROSS (*Sobre el Derecho...*, cit., p. 163: "El derecho de propiedad, por ejemplo, incluye un conjunto de facultades, libertades, competencias e inmunidades").

mos), la propiedad es típicamente un derecho subjetivo es sin duda porque, bajo un punto de vista global, lo que da sentido a tal situación jurídica es el aspecto de facultad y poder que se garantiza al propietario. Inversamente podría ponerse el ejemplo de una típica situación de sujeción, como la del condenado a una pena de prisión. Esta situación, sin embargo, incluye un detallado conjunto de derechos (libertades, pretensiones, potestades e inmunidades) que forman parte de la situación misma de estar sujeto a pena de prisión. Sin duda la situación del preso es una situación de sujeción, a pesar de todos los derechos que se le reconocen, porque lo que da sentido a tal situación jurídica es precisamente su aspecto de “privación de libertad”.⁴⁰

1. La correlatividad entre derechos y deberes

El esquema de HOHFELD supone, como hemos visto, una correlación entre derechos (de alguien) y deberes (de otro u otros). Sin embargo es fácil darse cuenta –si, por ejemplo, recordamos el caso de Robinson– de que mientras los derechos son siempre correlativos a determinados deberes, los deberes no son siempre correlativos a determinados derechos. En la primera serie de normas que, con una utilización simple de las modalidades deónticas, Robinson dicta para Viernes se establecen una obligación, una prohibición y un permiso. La obligación y la prohibición no se establecen a favor de nadie y para nadie, por tanto, se deriva pretensión o potestad alguna; y, sin embargo, suponen una restricción normativa sobre la conducta de Viernes, una limitación de su libertad de actuar, es decir: una situación de deber. Este tipo de deber no es relacional y no es, por tanto, correlativo de un derecho ajeno.⁴¹ Por el contrario los derechos sí parecen ser, en todo caso, correlativos de deberes lo cual supone que el concepto de “derecho subjetivo” designa una situación más compleja que la de “deber”.

Aunque la mayor parte de las teorías sobre los derechos sostienen esta correlación existen algunas excepciones relevantes. HART niega la correlación

⁴⁰. En la construcción dogmática iusprivatista de la “relación jurídica” se suele distinguir entre relaciones *simples* y relaciones *complejas*, entendiendo que las primeras se caracterizan porque una de las partes tiene la facultad o poder y la otra el deber o sujeción mientras que en las segundas las partes tienen entre sí derechos y obligaciones recíprocas. Es dudoso que pueda encontrarse, en un ordenamiento jurídico desarrollado, una relación jurídica simple pues la monopolización de la coerción en manos del Estado hace que – como en el caso de Robinson – toda relación jurídica incluya, del lado del sometido a un deber, al menos una inmunidad: la inmunidad frente a la coerción privada del titular del derecho.

⁴¹. Como señala L.W. SUMNER, *The Moral Foundation...*, cit, p. 24: “La noción deóntica simple de un deber es, en contraste [con la de Hohfeld], no-direccional y por tanto no-relacional.”

ofreciendo como ejemplo la situación de dos personas que tienen derecho a hacer algo sin una correlativa obligación: se trataría, en el ejemplo, de dos personas que encuentran un billete en la calle; ambas tienen derecho a coger el billete y hacerlo suyo pero ninguna de ellas está obligada a permitir a la otra que lo coja.⁴² El ejemplo de HART resulta criticable porque, en realidad, lo único que en una situación semejante se puede decir es que ambos tienen libertad para intentar coger el billete (sobre el que todavía no tienen ningún derecho) y, si esta libertad está relacionalmente protegida (como lo está en un ordenamiento jurídico moderno), el otro está obligado a no interferir el curso de la acción; sólo cuando uno de ellos haya cogido el billete podríamos hablar de que, siempre y cuando este modo de adquisición esté autorizado por una norma, tiene derecho a poseerlo, pero entonces el otro tiene, desde ese momento, el deber correlativo de abstenerse de quitárselo. FEINBERG ha negado también la correlación con un argumento distinto: trata de explicar el significado que tiene el término “derecho” cuando se invoca para satisfacer necesidades en condiciones de escasez. Dice FEINBERG que, en estos casos, “estamos abocados a concebir un derecho como un título a determinado bien, pero no como una reclamación válida contra cierto individuo particular.”⁴³ Según él en estos casos, tan frecuentes en el lenguaje político, un derecho significa una urgencia moral pero no una reclamación válida contra nadie y, en este aspecto, “un derecho no necesita ser correlativo con el deber de otro.” Según FEINBERG en estos casos se utiliza el término derecho “manifesto sense”.⁴⁴ Tampoco parece concluyente esta objeción a la correlatividad. Aunque se trata tan sólo de establecer una convención conceptual parece más claro sostener que cuando no hay razones suficientes para imponer a nadie el deber que satisfaga o garantice un presunto derecho es que no hay razones suficientes para afirmar la existencia de tal derecho.⁴⁵

⁴² Herbert L.A. HART, «¿Existen derechos naturales?», en *Filosofía Política*, editado por Anthony Quinton, Fondo de Cultura Económica, México, 1974, p. 90. (El original de HART, «Are there any Natural Rights?», se publicó en *Philosophical Review*, 64, 1955).

⁴³ Joel FEINBERG, *Rights, Justice and the Bounds of Liberty*, Princeton University Press, New Jersey, 1980, p. 153.

⁴⁴ Joel FEINBERG, *ibidem*.

⁴⁵ En otro lugar he criticado la tesis de Feinberg utilizando el ejemplo de España bajo el régimen del General Franco: “En el lenguaje de Feinberg podríamos decir que el “Fuero de los Españoles” afirmaba los derechos de los españoles en un “manifesto sense”, por lo que no implicaba deberes correlativos. Yo creo que es bastante más claro, y teóricamente más adecuado, decir que en aquella situación los españoles, de acuerdo con el ordenamiento jurídico en vigor, carecían de ciertos derechos humanos a nivel jurídico (y que aquellas afirmaciones del “Fuero” eran irrelevantes a los efectos de la existencia de esos derechos en el sistema jurídico).” (Liborio L. HIERRO, «¿Derechos humanos o necesidades humanas? Problemas de un concepto», *Sistema*, 46, 1982, p. 60).

2. Las dos grandes teorías (teorías de la voluntad y teorías del beneficiario)

La dogmática iusprivatista se dividió, hace más de un siglo, en dos grandes teorías para explicar qué caracterizaba un “derecho subjetivo” o, utilizando el lenguaje entonces habitual, cuál era su “naturaleza jurídica”. La teoría de la voluntad, cuyo más conocido representante fue Bernhard WINDSCHEID consideró que, en todo caso, un derecho subjetivo era un “poder de la voluntad” protegido por el ordenamiento jurídico. La teoría del interés, cuyo más conocido representante fue Rudolf VON IHERING, consideró, por su parte, que un derecho subjetivo era un “interés jurídicamente protegido”. Ambas teorías encuentran numerosos antecedentes en la Filosofía del Derecho. Sin duda la teoría más extendida, desde la aparición misma de la noción de derecho subjetivo, consideraba que un derecho subjetivo consistía siempre en una facultad de hacer algo o de tener algo lícitamente⁴⁶, facultad que atribuía a su titular la libertad de disponer a su elección sobre la acción propia, la cosa (o persona), o la conducta ajena según se tratase, respectivamente, de una libertad, de una propiedad o dominio o de un crédito. Por su parte, la teoría del interés podría encontrar su más claro precedente en Jeremy BENTHAM.

En la teoría de los derechos esta división entre dos grandes teorías se ha reproducido.⁴⁷ Las llamadas “teorías de la voluntad” o “teorías de la elección” sostienen que el elemento que define un derecho subjetivo es, en todo caso, la voluntad o discrección del titular con relación al contenido del derecho. En este aspecto cualquier libertad protegida constituye, en un sistema normativo

Creo que el único supuesto concebible de un “derecho” no correlativo a ningún deber sería el caso de las conductas no reguladas (permitidas débilmente) o el de las conductas expresamente permitidas pero no protegidas (permisos-no-relacionales). En el primer supuesto sería el caso de ordenamientos jurídicos no desarrollados que no prohíben el uso de la fuerza privada. En el segundo supuesto sería, por ejemplo, el caso de unos padres que permiten al hijo pequeño jugar en el jardín pero no prohíben al hijo mayor que le impida jugar en el jardín. En ambos supuestos, creo que no cabe hablar de un “derecho”. Como dice Sumner, “si la elección que va asociada con una libertad completa parece ser un ingrediente de nuestro concepto ordinario de un derecho, otro ingrediente similar parece ser la imposición de algunas restricciones sobre otros” (L.W. SUMNER, *The Moral Foundation...*, cit., p. 35).

⁴⁶ Vid. supra en nota 27 la definición de Hugo Grocio.

⁴⁷ Un buen resumen de ambas teorías y algunas teorías intermedias puede verse en Juan R. PÁRAMO, «Derecho subjetivo», en Ernesto Garzón Valdés y Francisco J. Laporta (eds.), *El derecho y la justicia*, Trotta, Madrid, 1996, pp. 367-394.

dado, un derecho subjetivo; sin embargo, una pretensión, una potestad o una inmunidad sólo constituyen un derecho subjetivo si van acompañadas de la atribución a su titular de la libertad de ejercitar o no ejercitar su contenido. Como señala HART: “[Alguien] se encuentra moralmente en posición de determinar con su elección cómo actuará X y de limitar en esta forma la libertad de elección de X; y es este hecho, no el de que pueda beneficiarse, el que hace cierta la afirmación de que tiene *un derecho*.”⁴⁸

Las llamadas “teorías del interés” o “teorías del beneficiario” sostienen, por el contrario, que el elemento que define un derecho subjetivo es el beneficio que se protege para su titular y del que se deriva el deber o deberes que se imponen sobre otro u otros. Como indica MACCORMICK: “La adscripción de un derecho a cierta clase de seres parece exigir los siguientes presupuestos: para la clase en cuestión...existe algún acto u omisión...cuya realización en el caso de todos y cada uno los miembros de esa clase satisfará, protegerá o realizará alguna necesidad, interés o deseo de cada uno de tales individuos; y, en segundo lugar: la satisfacción de aquella necesidad, interés o deseo es de tal importancia que sería malo denegarla a cualquiera de estos individuos al margen de las ulteriores ventajas de hacerlo.”⁴⁹ Bajo este punto de vista la libertad, y en particular ciertas libertades, forman parte de esas necesidades o intereses de importancia, así como también la libertad para disponer de ciertas pretensiones o potestades (por ejemplo, para reclamar o no reclamar un débito, para participar o no participar como candidato en unas elecciones, etc.) pero hay otras pretensiones, potestades e inmunidades de tal importancia que no se dejan a la discrecionalidad del titular (como el derecho de los niños a la nutrición, al cuidado o a la educación, el derecho del acusado a defensa letrada, o el derecho de todos a la igualdad ante la ley) y a las que, correctamente, denominamos “derechos”.⁵⁰

Como opción conceptual, las teorías de la voluntad parecen ofrecer dos ventajas principales: (1) Se acomodan mejor a la noción de derecho subjetivo desarrollada normativamente y doctrinalmente en la tradición jurídica liberal y que constituye, por ello, un concepto instrumental básico en el Derecho Privado. (2) Delimitan más estricta y sencillamente el concepto de derecho sub-

⁴⁸. Herbert L.A. HART, *¿Existen derechos....* cit., pp. 91-92.

⁴⁹. Neil MACCORMICK, «Children's Rights: A Test-case for Theories of Right», ARSP, LXII, 1976, p. 309 (se encuentra ahora incluido como Capítulo 8 en MacCormick, *Derecho legal y socialdemocracia*, Tecnos, Madrid, 1990).

⁵⁰. Joel FEINBERG los denomina “derechos obligatorios” (“mandatory rights”) (*Rights, Justice and....*, cit., p. 157).

jetivo que, en todo caso, ha de contener como definitorio la protección normativa de la libre voluntad del titular sobre el contenido del derecho (todos los derechos son, en consecuencia, discrecionales). Ofrecen, al mismo tiempo, dos claros inconvenientes: (1) Excluyen como titulares de derechos, en sentido propio, a los seres que no tienen autonomía de la voluntad (tales como niños e incapaces y, por supuesto, a los animales).⁵¹ (2) No se acomodan en absoluto a la noción de derecho subjetivo utilizada en el lenguaje moral y político sobre los derechos humanos, noción que hoy se encuentra también acogida en el derecho positivo (p.ej. el derecho a la educación, el derecho a la asistencia letrada, etc.)

Las teorías del beneficiario, por su parte, ofrecen inversas ventajas y desventajas. Mientras (1) se acomodan al lenguaje habitual sobre los derechos humanos -que incluye, como hemos visto, derechos obligatorios- y mientras (2) permiten considerar titulares de derechos a todos los titulares de intereses (como infantes e incapaces), (1) se alejan del concepto técnico jurídico-privado tradicional, y (2) exigen manejar un concepto más complejo de "derecho subjetivo" que incluya una subdivisión entre derechos discrecionales y derechos no-discrecionales (u obligatorios).

Debe añadirse que las teorías del beneficiario son más amplias que las teorías de la voluntad pues, mientras aquéllas incluyen tanto los derechos discrecionales como los no-discrecionales, éstas sólo incluyen los segundos.⁵² Frente a ello, suele argumentarse, las teorías del beneficiario se ofrecen a una ampliación sin restricción alguna de la idea de los derechos pues permiten, de un lado, incluir en el concepto un sinnúmero de necesidades, intereses o deseos como contenido de un correspondiente derecho y, de otro lado, incluir entre los titulares a todo ser del que se puedan predicar intereses (como los colectivos, los animales e incluso la naturaleza). Como es obvio esto no es un

^{51.} Aunque jurídicamente se reconoce la capacidad de ser titular de derechos a los menores e incapaces mediante el expediente de suplir su incapacidad de obrar por la de un representante, cuando la teoría de la voluntad se aplica en el terreno de la Filosofía Moral y de la Teoría de los derechos conduce indefectiblemente a negar que, moralmente hablando, los menores e incapaces puedan ser considerados titulares de derechos (Vid. Herbert L.H. HART, *¿Existen derechos...*, cit., p. 92 y Carl WELLMAN, *Real Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1995, pp. 113-125).

^{52.} Puede decirse - como señala Sumner - que las teorías de la voluntad entienden los derechos exclusivamente como instrumentos para promover la libertad o autonomía mientras que las teorías del beneficiario entienden los derechos como instrumentos para promover el bienestar individual (incluyendo la libertad o autonomía) (L.W. SUMNER, *The Moral Foundation...*, cit., p. 47).

grave inconveniente: cuáles y cuántas sean las libertades, las pretensiones, las potestades y las inmunidades que merecen protección normativa no es un problema conceptual, es un problema de fundamentación moral y decisión política. Y lo mismo ocurre respecto a si debemos o no debemos reconocer derechos a los animales.